Freier Widerruf einer Polizeierlaubnis auf dem Gebiete des Gewerberechts.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Otto Wuttke,
Referendar.

Breslau 1927.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H., Breslau.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.
Berichterstatter: Professor Dr. Helfritz.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Allgemeine Bedeutung von Gewerbefreiheit und Gewerbeerlaubnis. Problemstellung.

Die Gewerbefreiheit, jenes einst als „wirtschaftlich-politisches Schlagwort“[1]) heiß umstrittene Prinzip, das heut selbstverständliches Wesenserfordernis des modernen Staates ist, hat in Deutschland ihren gesetzlichen Niederschlag vorzugsweise[2]) in § 1 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 gefunden: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.“

Damit ist den Landesbehörden zwar das Recht belassen, die Ausübung eines jeden Gewerbes auf ihre polizeiliche Zulässigkeit hin zu überwachen und gegebenenfalls aus polizeilichen Gründen, in Preußen[3]) nach Maßgabe und im Rahmen des § 10 II 17 A.L.R., gegen eine polizeiwidrige Handhabung eines Betriebes einzuschreiten; das Recht jedoch, die freie Zulassung zu einem Gewerbe zu beschränken, hat sich der Reichsgesetzgeber vorbehalten: die Regelung der Zulassung zum Gewerbebetrieb ist ausschließlich Reichssache, jede landesrechtliche Zulassungsbeschränkung ist im Hinblick auf Art. 13 R.V. ein rechtsunwirksamer Eingriff in die Gewerbefreiheit.

Diese Regel der freien Zulassung zum Gewerbebetrieb für jedermann ist vom Gesetzgeber selbst in der Gewerbeordnung für einzelne Gewerbe durchbrochen. Zwischen den wirtschaftlichen Belangen des einzelnen und den durch die Gefährlichkeit eines Betriebes, seine erhöhte allgemeine Bedeutung für das

---

1) Seydel-Schecher, S. 7.

2) Zur Ergänzung dienen die §§ 2—4, 7, 8, 10, 11, 41, 42, 44 und 143 Gew.O.

3) Bei der Bearbeitung des Themas ist gundsätzlich von preußischen Verhältnissen ausgegangen; nur zu Vergleichszwecken und zum Teil auch bei Zweifeln bei der Gesetzesauslegung sind Entscheidungen außerpreußischer Gerichte angeführt worden, ohne jedes Bedenken, denn die Gewerbeordnung ist Reichsgesetz.

Volkswohl oder seine sonstige Eigenart, die eine besondere sachliche Eignung oder persönliche Zuverlässigkeit erfordert, berührten öffentlichen Belangen soll ein Ausgleich geschaffen werden: das Gewerbe, das eine zukünftige Beeinträchtigung der öffentlichen Belange als möglich erscheinen läßt, wird nicht schlechthin gestattet oder schlechthin verboten, sondern gesetzliche Vorbedingung der Ausübung des Gewerbes wird eine besondere obrigkeitliche Erlaubnis.[4]) Diese gewährt der Behörde die Möglichkeit zu prüfen, ob die Gestattung des Gewerbebetriebes mit den ihr anvertrauten Gemeinbelangen in Einklang gebracht werden kann.[5])

Die Tatsache, daß diese genehmigungspflichtigen Gewerbe in nach der Eigenart eines jeden Betriebes verschiedener Weise auf das Gemeinwohl einwirken, hat zur Folge, daß der Gesetzgeber die Voraussetzungen einer solchen Erlaubniserteilung genau abstuft und diese bald von einer prozeßartigen Prüfung (so §§ 16 ff. R.Gew.O.), bald von dem Nachweis gewisser Mindesterfordernisse abhängig macht (so §§ 32, 33 a. a. O.), bald dem freien Ermessen der Polizeibehörde anheimstellt (so §§ 33 b, 60 a a. a. O.), immer bestrebt, die öffentlichen Belange in das rechte Verhältnis zu den Einzelbelangen zu setzen.

Aus dem gleichen Bestreben heraus regelt auf der anderen Seite der Gesetzgeber auch die Frage des Widerrufs einer einmal erteilten Gewerbeerlaubnis, der das allgemeine Verbot im Einzelfalle wieder aufleben läßt, meist genau und läßt die Rücknahme einmal nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen Entschädigung (so § 51 Gew.O.), ein andermal nur bei Fortfall ihrer Voraussetzungen (so § 53 a. a. O.) zu. Mitunter jedoch enthält die Gewerbeordnung keine Vorschriften für die Rücknahme der Polizeierlaubnis (so § 33 b a. a. O.). Auch in diesen Fällen leuchtet zwar von vornherein ein, daß der — wenn auch unausgesprochene — Wunsch des Gesetzgebers, zwischen den Belangen des Gewerbetreibenden und den öffentlichen Belangen einen gerechten Ausgleich zu schaffen, auch hier den Ausgangspunkt des Handelns der widerrufenden Behörde bilden muß; im übrigen aber ist die Frage der Bedeutung und der Zulässigkeit eines solchen freien Widerrufs einer Polizeierlaubnis auf dem Gebiete des Gewerbe-

[4]) Die Ausdrücke „Genehmigung, Konzession, Erlaubnis" u. a. werden im allgemeinen gleichbedeutend gebraucht; dagegen Rehm (S. 80), O. Mayer (S. 239).

[5]) O. Mayers Ausdruck „Überwachungsmaßregel gegen mögliche Gefährdung" (S. 240) trifft das gleiche.

rechts teils sehr umstritten, teils überhaupt mißverstanden und ungeklärt. Dieses Problem läßt sich nur dann lösen, wenn man zunächst das Wesen des freien Widerrufs einer Polizeierlaubnis klarstellt und dann prüft, in welchen Teilen des Gewerberechts für einen solchen Raum ist; zwangsläufig muß sich daran eine auf den vorhergehenden Untersuchungen aufbauende Behandlung der Frage anschließen, in welchem Rahmen sich der freie Widerruf halten muß, um rechtlich zulässig zu sein.

Erster Abschnitt.

Das Wesen des freien Widerrufs.

Ausgehend von dieser Problemstellung dient unsere Untersuchung zunächst dem Wesen des freien Widerrufs einer Polizeierlaubnis.

Frei ist der Widerruf einer Polizeierlaubnis in allen Fällen, in denen die Verwaltungsbehörde bei seinem Erlaß ihr freies Ermessen walten läßt. Dies tut sie dann, wenn sie im Rahmen ihrer allgemeinen Aufgabe uneingeschränkt von besonderen Rechtsregeln selbst über das Verhältnis ihres Handelns zum öffentlichen Wohl urteilt und dementsprechend vorgeht.[1])

Offensichtlich ist hiernach der Unterschied vom sogenannten gebundenen Ermessen; hier hat schon der Gesetzgeber durch besondere Rechtsregeln dem Verwaltungsbeamten die Freiheit seines Handelns beschnitten, sei es auch nur durch einen Satz wie z. B. in § 33 Gew.O.: „Die Konzession darf nur erteilt werden, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen ist.“ In solchem Falle hat der Beamte ohne Rücksicht auf sein eigenes Urteil über die Sachgemäßheit seines Handelns „mit gebundener Marschroute“[2]) lediglich das auszuführen, „was der

---

1) Diese Begriffsbestimmung unterscheidet sich inhaltlich nicht wesentlich von der W. Jellineks (S. 89): „Freies Ermessen ist die vom Recht mit Maßgeblichkeit ausgestattete, fehlerfrei zustande gekommene Anschauung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung“ (auch von Hatschek, S. 419, fast wörtlich übernommen). Bühlers Definition dagegen (S. 26) vermag wegen ihrer teilweisen Unzulänglichkeit ebensowenig zu befriedigen wie die von Laun's (S. 62), der das freie Ermessen der Behörde auf die „Freiheit der Bestimmung des nächsten unmittelbaren Zweckes ihres Handelns“ beschränkt und „die Wahl zwischen mehreren dem gleichen Zweck dienenden Mitteln“ nicht dazu rechnet (S. 63).

2) Oertmann, Freies und unfreies Ermessen in D.J.Z. 1912, S. 186.

Gesetzgeber angeordnet hätte, wenn er den konkreten Fall statt durch eine abstrakte Norm durch ein Individualgesetz geregelt hätte".[3])

Ebenso wird schon begrifflich ein Handeln nach völlig freiem Belieben ohne Rücksicht auf das allgemeine Wohl ausgeschlossen; auch für das freie Ermessen des Verwaltungsbeamten gilt der Satz: „Tue, was du glaubst, daß es durch das öffentliche Wohl bedingt ist."[4]) Dieses öffentliche Wohl ist nicht etwa, wie W. Jellinek animmt,[5]) eine „objektiv bestimmbare" oder festumgrenzte Erscheinung, sondern dieser Begriff ist abhängig von Zeit und Ort und den sonstigen jedmalig verschiedenen besonderen Umständen des Einzelfalls. Zu diesem derart wandelbaren öffentlichen Wohl das eigene Handeln in das rechte Verhältnis zu setzen, das ist der Kern des freien Verwaltungsermessens. Immer aber muß die Behörde dieses freie Urteilen und Handeln im Rahmen ihrer allgemeinen Aufgabe vornehmen; so gilt insbesondere für die Polizei in Preußen auch bei der Ausübung des freien Ermessens der § 10 II 17 A.L.R., der ihre aus dem Begriff der Polizei folgenden Befugnisse feststellt[6]): „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Poilzei."

Dasselbe Erfordernis für eine richtige Ausführung des freien Ermessens stellt das Oberverwaltungsgericht, das sich im übrigen jeder Begriffsbestimmung enthält, auf, wenn es (in O.V.G. 59, 369) bemerkt: „Das der Polizei in § 60 a Gew.O. eingeräumte Ermessen ist auf Erwägungen polizeilicher Art beschränkt" und ebenso O.V.G. vom 21. April 1910 (Reger 32, 40): „Die Polizei darf sich bei Übung des ihr durch § 60 a Gew.O. eingeräumten Ermessens nur von polizeilichen Rücksichten und Gründen leiten lassen." In gleicher Weise will Hoffmann[7]) das freie Ermessen „nur auf die der Polizei durch § 10 II 17 A.L.R. gegebenen allgemeinen Befugnisse" gestützt wissen.[8])

---

[3]) v. Laun, S. 65.

[4]) Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 46. Vgl. hierzu unten S. 20.

[5]) Fehlerhafter Staatsakt, S. 61.

[6]) O.V.G. 51, 302.

[7]) v. Brauchitsch, Band 2 Anm. 3 zu § 33 b Gew.O.

[8]) Auf gleichem Boden bewegt sich die Entscheidung des O.V.G. v. 23. 11. 1911 (Gew.A. 11, 484), wonach Mangel an Bedürfnis allein die Versagung der Erlaubnis des § 60 a Gew.O. nicht rechtfertigt; ein polizeilich anfechtbarer Zustand, der aus der Zulassung

Ausschließlich polizeiliche Gesichtspunkte unter Berücksichtigung des öffentlichen Wohls sind somit für die Handhabung des freien Widerrufs einer Polizeierlaubnis erforderlich, sind aber auch genügend im Gegensatz zum gebundenen Ermessen und zum beschränkten Widerruf. In allen Fällen dieses beschränkten Widerrufs hält der Gesetzgeber den bloßen Hinweis auf die Polizeiwidrigkeit des Gewerbebetriebes für keinen genügenden Grund zum Widerruf der Erlaubnis und zum damit untrennbar verbundenen harten Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen und billigt diesem deshalb durch besondere Rechtsregeln einen größeren Schutz zu.

Wo aber der Gesetzgeber den Widerruf der Polizeierlaubnis an keine besondere Rechtsvorschrift bindet, da ist auch zu vermuten, daß er die Behörde nicht hat binden wollen und daß sie ihr freies Ermessen im obigen Sinne soll walten lassen können. Hier greift dann der anerkannte Grundsatz Platz, daß immer dann, wenn das Gesetz weder ausdrücklich noch durch seinen sonst, etwa durch seine Motive, erkennbar gewordenen Zweck das Gegenteil zwingend vorschreibt, die Verwaltung ihr freies Ermessen walten lassen kann und muß; insoweit ist „freies Ermessen zu vermuten";[9]) „es ist der Verwaltung von Natur immanent".[10]) In allen diesen Fällen hat also die Behörde Recht und Pflicht zum freien Widerruf einer Polizeierlaubnis, dessen Handhabung im Rahmen der obigen Begriffsbestimmung sich bewegen muß.

Zweiter Abschnitt.

Welche Gewerbeerlaubnisse unterliegen dem freien Widerruf?

Teil A:

Die Rechtsnatur der Gewerbeerlaubnis.

In welchen Teilen des Gewerberechts ist vom Gesetzgeber für einen solchen freien Widerruf einer Polizeierlaubnis ausdrücklich oder sinngemäß Raum belassen, welche Gewerbeerlaubnisse unterliegen dem freien Widerrufsrecht der Behörde?

Das Gesetz gebraucht nie die Worte „freier Widerruf" oder „Widerruf nach freiem Ermessen", und so erscheint diese Frage

---

folgt, muß geltend gemacht werden. Einschlägig auch: O.V.G. v. 25. 11. 1915 (Gew.A. 15, 460) und Preuß. Min.-Erl. v. 27. 2. 1892 (Min.-Bl. 192).

9) v. Laun, S. 89.

10) Stier-Somlo, Das freie Ermessen usw., S. 498. Ebenso u. a. Lagenstein, S. 148; O. Mayer, I S. 116; a. A. Kormann, S. 337, vgl. hiergegen unten.

von vornherein nicht lösbar ohne eine Prüfung der Rechtsnatur des durch die Erlaubnis begründeten Rechtsverhältnisses, mit anderen Worten: erforderlich scheint eine Untersuchung, die über das Wesen und die Rechtsnatur der Gewerbeerlaubnis Klarheit schafft. Dieses Problem, das von hervorragender wissenschaftlicher Bedeutung und seit jeher heiß umstritten ist, soll mithin vorerst — im Rahmen des Themas — seine Erledigung finden.

Hauptsächlich zwei Theorien stehen einander hier gegenüber. Die sogenannte objektivrechtliche Theorie sieht in der allgemeinen Gewerbefreiheit einen Ausfluß der natürlichen Handlungsfreiheit und in den einschlägigen Gesetzesbestimmungen, insbesondere in § 1 Gew.O., nur deren gesetzliche Anerkennung; folgerecht kann in der Gewerbeerlaubnis nur eine Beseitigung der im Gesetz vorgeschriebenen Schranken liegen, die der Betätigung der von Natur vorhandenen Handlungsfreiheit im Wege standen, und damit eine behördliche Anerkennung, daß ihr im gegebenen Falle diese allgemeinen gesetzlichen Schranken nicht im Wege stehen: „Die Konzession ist nur die Vorbedingung der Äußerung des natürlichen Könnens."[1]) Ein neues besonderes Recht zum Gewerbebetrieb wird durch die Erlaubnis nicht verliehen. Entgegengesetzt geht die sogenannte subjektive Theorie davon aus, daß die Gewerbefreiheit ein subjektiv-öffentliches Recht des einzelnen bildet; demzufolge liegt in der Konzessionierung die Verleihung einer besonderen, vorher nicht vorhandenen Gewerbeberechtigung, die damit erst zur Entstehung gelangt.[2])

Bei der Stellungnahme zur strittigen Frage sei von vornherein ein denkbarer Zweifel behoben: wenn die Gewerbeordnung selbst bisweilen Ausdrücke wie „Berechtigung zum Gewerbebetriebe" (§ 29, 5 und § 143 Gew.O.) oder „Gewerbebefugnis" (Abschn. III von Titel II Gew.O.) gebraucht,[3]) so spricht sie sich damit nicht etwa selbst für irgendeine Auffassung vom Wesen der Gewerbefreiheit und der Gewerbeerlaubnis aus, das alles ist nur sogenannter „unverbindlicher Gesetzesinhalt",[4]) ebenso wie dadurch, daß der Gewerbefreiheit in Art. 151 Abs. 3 R.V. verfassungsrechtlicher Schutz gewährt

---

[1]) Ausdruck von Rehm, S. 11. Ähnlich Laband, III S. 223; Seydel-Schecher, S. 10; O. Mayer, S. 244; Nelken, S. 540; G. Jellinek, System usw., S. 109 f., u. a.

[2]) So Loening, S. 12; Rehm, S. 79; Stier-Somlo, S. 87, u. a.

[3]) Was z. B. Bühler auf S. 234 verwertet.

[4]) Zugegeben auch von Rehm, S. 9.

wurde, an ihrer Rechtsnatur nichts geändert wurde.[5]) Ebensowenig kommt man dem Problem näher, wenn man die Frage prüft, ob die Gewerbefreiheit ein subjektives Privatrecht ist;[6]) jedenfalls ist irrig die Ansicht Biermanns,[7]) daß die Gewerbefreiheit, „wenn sie überhaupt ein Recht ist, dann sicherlich ein Privatrecht ist: denn ad singulorum utilitatem spectat, der Nutzen für die Gesamtheit ist nur etwas Indirektes". Mit solcher Argumentation lassen sich schließlich die meisten Grundrechte zu privaten Rechten stempeln; ausschlaggebend für die Unterscheidung kann vielmehr nur sein, ob der einzelne dem Staat als Träger der Hoheitsgewalt gegenübersteht oder nicht.[8])

Die einzig denkbare Grundlage für jede Lösung unseres Problems ist die Stellungnahme zum Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts überhaupt (und mancher Streit im Schrifttum wäre bei Erkenntnis dieser an sich selbstverständlichen Grundlage vermieden worden).[9]) Es gibt hierbei nur zwei Möglichkeiten, die für eine folgerichtige Durchführung von vornherein Aussicht auf Erfolg gewähren: entweder läßt man es für den Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts genügen, daß das in Frage kommende Gesetz dem Bürger eine staatsgewaltfreie Sphäre zusichert, ihm „die Zusage macht, der Staat dürfe dieses Rechtsgut nicht beschränken",[10]) und ihm für

---

[5]) A. A. Stier-Somlo (Anm. 7 zu § 1 Gew.O.), der dadurch „den Streit, ob sie ein subjektiv-öffentliches Recht ist, mit allen Folgerungen im bejahenden Sinne entschieden" glaubt. Bei der Wesensverschiedenheit der einzelnen Grundrechte kann aber der bloßen verfassungsmäßigen „Gewährleistung nach Maßgabe der Gesetze", die mehr historisch-politische Bedeutung hat (Helfritz, S. 30 Anm. 1; ähnlich Fleiner, S. 166), diese Wirkung nicht zugesprochen werden; maßgebend bleibt auch dann noch der Inhalt der Grundrechtsnorm. (Vgl. Helfritz, S. 93.)

[6]) Das Reichsgericht, das sich mit Rücksicht auf § 823, 1 B.G.B. öfters mit der Frage beschäftigte, spricht sich im allgemeinen gegen die Auffassung aus, daß die Gewerbefreiheit ein subjektives Privatrecht des einzelnen sei (so R.G.Z. 51, 369), entscheidet aber anders — nicht immer einheitlich (vgl. R.G.Z. 67, 86) — bei dem „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" (R.G.Z. 58, 24; 79, 226 u. a.). Vgl. hiergegen die gleichnamige Schrift von A. Rosenthal, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 63, 715 ff.

[7]) Seite 30.

[8]) So Helfritz, S. 7.

[9]) So hat Gluth (Arch. öff. R. 3, 569 ff.), der sich einen eigenartigen Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts (S. 608) bildet, ein leichtes Polemisieren gegen die damals herrschende Meinung, besonders bezüglich der Gewerbeerlaubnis (vgl. unten).

[10]) Fleiner, S. 166.

den Fall der Verletzung dieses Rechts Rechtsschutzmittel in die Hand gibt — oder aber man verlangt für den Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts die durch die Rechtsordnung zuerteilte Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt, die immer ganz und gar Wirkungskraft ist, so daß also die Willensmacht über eine Erscheinung der öffentlichen Gewalt, die überhaupt nicht stattfinden soll, keinen Gegenstand hätte.[11]) Im ersten Fall ist auch die Gewerbefreiheit ein subjektiv-öffentliches Recht[12]) und die Erteilung der Gewerbeerlaubnis die Verleihung eines solchen, denn die gemachten Erfordernisse sind sämtlich erfüllt. Entgegengesetzt im anderen Falle, bei Ablehnung des subjektiven Rechtscharakters einer solchen „Negation staatlicher Kompetenz";[13]) denn hier ist sicher, daß zu der allgemeinen Handlungsfreiheit, als deren Ausfluß nur die Gewerbefreiheit erscheint, weder durch die Gewerbeordnung noch durch die Reichsverfassung eine solche besondere Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt zuerteilt ist. Diese Gesetzesbestimmungen bedeuten nur eine Anerkennung der bereits vorhandenen, an sich rechtlich belanglosen natürlichen Handlungsfreiheit auf dem Gebiete der gewerblichen Tätigkeit; daraus allein läßt sich aber ebensowenig ein subjektiv-öffentliches Recht konstruieren wie aus dem „Recht", spazieren zu gehen usw.[14]) Erst das Klagerecht im Falle des staatlichen Eingriffs in diese Freiheitssphäre stellt ein subjektiv-öffentliches Recht dar, für die begriffliche Einordnung der Gewerbefreiheit und der Gewerbeerlaubnis selbst aber können Rechtsschutzbestimmungen nicht ausschlaggebend sein.[15]) Für alle Laband:[16]) „Die Gewerbefreiheit ist überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch weniger ein subjektives Recht, sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit", „die Konzession ist dem gegenüber nur die Negation der Gewerbefreiheit".

---

[11]) O. Mayer, S. 108; ähnlich Laband, I 151: „Die Freiheitsrechte sind keine Rechte, denn sie haben kein Objekt."

[12]) Wenn auch für Fleiner (S. 166) nur ein Recht 3. Klasse.

[13]) Fleiner, S. 166.

[14]) Vgl. Helfritz, S. 93 Anm. 1 und S. 30 Anm. 1.

[15]) Dies gibt auch Fleiner (S. 163) zu; ebenso O. Mayer, S. 108. Wenn Hatschek (Deutsches Staatsrecht I, 187) dies bestreitet, so unterscheidet er nicht scharf genug zwischen dem Wesen (= Rechtsnatur) und dem Inhalt (= der Frage, inwieweit dieses „Recht" geschützt ist).

[16]) III S. 207 und S. 232.

Für diese objektiv-rechtliche Theorie,[17]) die auch hier vertreten wird, spricht ihre große logische Geschlossenheit; der subjektiv-rechtlichen Theorie kann schon in der Grundlage nicht zugestimmt werden, weshalb sie trotz folgerichtigen Aufbaus[18]) von unserer Ansicht im Ergebnis abweichen muß. Dem gegenüber erscheint jeder Versuch, zwischen der subjektiven und objektiven Theorie irgend zu vermitteln, von vornherein wenig aussichtsreich.

So ist Rehms[19]) Ansicht schon in der Grundidee verfehlt; er baut zwischen dem Recht, „dem von der Rechtsordnung verliehenen Wollendürfen, welches für den Willen anderer bestimmend ist" und dem rechtlich indifferenten Wollen einen neuen Begriff auf, die „Befugnis = das Wollendürfen, das auf den Willen fremder Personen nicht einwirkt, aber auch von der Rechtsordnung verliehenes Wollendürfen ist"; diese Befugnis wird dann zum Recht durch spezialisierende Gesetzesbestimmungen. Allein entweder wird diese Befugnis vom Recht geschaffen — dann ist sie ein Recht, oder sie ist nur eine natürliche Befugnis, d. h. die vom Gesetz nicht verbotene, wenn auch ausdrücklich in die Form einer Erlaubnis gekleidete Betätigung der schon vorhandenen natürlichen Handlungsfähigkeit — nie aber ein eigenartiges Rechtsinstitut. Auch die Auffassung Kayser-Steinigers,[20]) der im allgemeinen der objektiven Theorie folgt, aber in der „besonderen Genehmigung die Verleihung eines subjektiven Rechts" sieht, ist wegen ihrer durch nichts begründeten Inkonsequenz abzulehnen. Dagegen unterscheidet sich die Konstruktion G. Jellineks,[21]) der die Gewerbefreiheit seinem negativen status (dem status libertatis) einrechnet, der dadurch geschützt ist, daß der einzelne einen An-

---

[17]) Auch die Praxis vertritt sie im allgemeinen, so O.V.G. 38, 66, Bayr. V.G.H. v. 2. 7. 90 (Reger, Erg. Bd. I, 92); anders O.V.G. 55, 459.

[18]) Wie z. B. bei Fleiner, a. a. O. Die subjektive Theorie vertreten außer den Genannten vor allem Stier-Somlo (S. 7), Bühler (S. 234) und Hatschek (a. a. O.); von älteren mit verschiedener nicht durchschlagender Begründung Loening (sie ist ein Teil des einen Rechts der Persönlichkeit) (S. 12), von Sarwey, Gluth u. a. Vgl. die Zusammenstellung bei Rehm, S. 11.

[19]) S. 2. Rehms Ansicht hat sich m. W. nur Schenkel (S. 199) angeschlossen; dieser selbst bringt aber „den scharfsinnigen Ausführungen von Rehm" (s. a. a. O.) nur geringes Verständnis entgegen, wenn er seinen „Rechtsanspruch des öffentlichen Rechts" und die „Befugnis" Rehms ohne weiteres einander gleichsetzt. Gegen Rehm Laband, III 207, in ähnlicher Begründung wie oben.

[20]) § 29 Gew.O. Anm. 2.

[21]) S. 105. Ähnlich Lagenstein, S. 16 und 21.

spruch auf seine Anerkennung hat und der Behörde jede Störung verboten ist, von der hier vertretenen Ansicht mehr formell als sachlich. Gleiches gilt für die inhaltlich nicht wesentlich abweichende Theorie von Helfritz,[22]) wonach man nicht von Grundrechten als subjektiv-öffentlichen Rechten, sondern von Grundrechtsnormen ausgehen und prüfen muß, an welche Gruppe von Staatsorganen sich diese Grundrechtsnormen richten, während er ebenfalls die in den Grundrechten, also auch in der Gewerbefreiheit, enthaltene Tätigkeit für einen rechtlich belanglosen Vorgang hält, der nicht den Inhalt eines subjektiv-öffentlichen Rechts bilden kann.

Keinesfalls jedoch kann Landmanns[23]) Konstruktion beigepflichtet werden, in der zwischen der „Befugnis", ein neues Gewerbe zu beginnen, und dem „Recht", ein begonnenes Gewerbe weiter zu betreiben, unterschieden wird. Diese beiden Befugnisse sind rechtlich nicht verschieden; der teilweise besondere Schutz des begonnenen Gewerbes vermag nichts an seiner Rechtsnatur zu ändern, die bei der Befugnis, ein begonnenes Gewerbe weiter zu betreiben, ebenso wie bei der Befugnis zum Gewerbebeginn in der natürlichen Handlungsfähigkeit wurzelt. Wenn für ihn[24]) „die §§ 40, 49, 51, 53 Gew.O. auf die Begründung eines subjektiv-öffentlichen Rechts hinweisen", so verwechselt er Begriff und Inhalt der Gewerbeerlaubnis; die Tatsache, daß die Versagung der Genehmigung nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Bestimmungen angefochten werden kann, vermag ebenso wenig an der Rechtsnatur der Erlaubnis als solcher zu ändern wie ihr größerer oder geringerer Schutz gegen Wiederentziehung.[25]) Gleiches gilt — dieser Schluß ist von ebensolcher Unabweisbarkeit wie von Tragweite für unsere Untersuchung — für W. Jellinek, wenn er[26]) zwischen der auf Widerruf erteilten und der nicht frei widerruflichen Erlaubnis unterscheidet und in jener „nur die konkrete Aufhebung eines Verbotsgesetzes, zur Begründung eines subjektiven Rechts des Untertans gegen den Staat ungeeignet", sieht, während diese „ein subjektives Recht negativen Inhalts, ein Recht gegen

[22]) Seite 93.

[23]) § 1 Gew.O. Anm. 2 b. Landmanns angeführte Gründe sind auch im einzelnen nicht stichhaltig.

[24]) § 29 Gew.O. Anm. 1.

[25]) Das spricht auch gegen Gluths Begründung seiner Ansicht (S. 607/8), die aufbauend auf einer eigenartigen Bestimmung des Begriffs des subjektiv-öffentlichen Rechts ein solches auch vor Erteilung der Erlaubnis vorhanden sein läßt im Gegensatz zu den anderen Subjektivrechtlern.

[26]) „Fehlerhafter Staatsakt", S. 22 f.

den Staat auf Duldung und Unterlassung erzeugt". Abgesehen von unserer Einstellung zu solchen subjektiv-öffentlichen Rechten überhaupt muß schon diese Art der Zweiteilung Widerspruch hervorrufen. Auch frei widerrufliche Erlaubnisse sind nicht der Willkür des „Staates, vertreten durch das zum Widerruf berechtigte Organ",[27]) ausgesetzt; auch sie sind, wenn auch in geringerem Umfange, gegen ungesetzliche Eingriffe geschützt (s. u.). Einer begrifflichen Unterscheidung nach solchen Merkmalen ist füglich nicht beizupflichten.

Wir kommen mithin zur Ablehnung aller Mittelmeinungen. Folgerecht erscheinen nur die subjektive und objektive Theorie, und dieser wird hier der Vorzug vor jener gegeben: die Erteilung der Gewerbeerlaubnis hat nur die Wirkung, daß die bisher bestehenden gesetzlichen Schranken für die natürliche Handlungsfreiheit im gegebenen Falle nicht gelten sollen, nicht jedoch wird dem einzelnen durch die Erlaubniserteilung ein neues subjektiv-öffentliches Recht verliehen. Unmittelbar aber für die Frage der Zulässigkeit des freien Widerrufs einer Gewerbeerlaubnis ergibt sich ausschließlich folgendes: seit man fast allgemein für die Klage gegen Polizeiverfügungen (§ 127 L.V.G.), wie insbesondere den Widerruf einer Polizeierlaubnis, keine Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts im streng wissenschaftlichen Sinne verlangt, ist der letzte große praktische Unterschied zwischen den einzelnen Ansichten, auf den noch Fleiner[28]) hinweist, geschwunden: „Die Worte „in seinen Rechten verletze" des § 127 L.V.G. bedeuten nicht Verletzung von subjektiv-öffentlichen oder gar wohlerworbenen Rechten, sondern nur, daß irgendwie gerade in den vom Recht anerkannten Lebenskreis des Individuums eingegriffen worden sei, auch Verletzung eines Dürfens, eines Freiheitsrechts genügt."[29]) Der Widerruf einer Gewerbeerlaubnis erfüllt diesen Begriff der „Rechtsverletzung" i. S. des § 127 L.V.G. in jedem Falle. Eine so wichtige Rolle die behandelte Frage in der Wissenschaft spielt, so bleibt mithin als wichtiges praktisches Ergebnis der getroffenen Untersuchung hauptsächlich die Feststellung, daß der Inhalt der Gewerbeerlaubnis mit Entschiedenheit von ihrer Rechtsnatur zu trennen ist und von

---

27) W. Jellinek, a. a. O.

28) Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 37.

29) So Hoffmann bei v. Brauchitsch, Anm. 4 b zu § 127 L.V.G. und die weitaus herrschende Meinung in der heutigen Theorie und Praxis, während nach der früheren Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts und heute noch nach Bühler (S. 261 ff.) Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts vorliegen muß.

der verschiedenartigen Einstellung zu den einzelnen Theorien nicht berührt wird; insbesondere darf keineswegs, wie vor allem gegen W. Jellinek ausgeführt wurde, eine begriffliche Unterscheidung zwischen der auf Widerruf erteilten und der nicht frei widerruflichen Erlaubnis getroffen werden: wie die Frage des größeren oder geringeren Schutzes gegen die Rücknahme der Erlaubnis für ihre Rechtsnatur ohne Belang ist, so kann auf der anderen Seite die Frage, ob freier Widerruf einer Gewerbeerlaubnis zulässig ist, nicht davon abhängig gemacht werden, welche Rechtsnatur das durch die Erlaubnis begründete Rechtsverhältnis aufweist, sondern nur davon, welchen rechtlichen Inhalt dieses Rechtsverhältnis besitzt: nicht die Rechtsnatur, sondern nur der rechtliche Inhalt der Gewerbeerlaubnis kann den Ausschlag für eine endgültige Lösung der Frage geben, ob und in welchen Teilen des Gewerberechts freier Widerruf einer Polizeierlaubnis zulässig ist.

Teil B:

Der Rechtsinhalt der einzelnen Gewerbeerlaubnisse.

Mit dieser Feststellung liegt die Bahn für die weitere Untersuchung frei: die Lösung der Frage, ob und auf welchen Teilen des Gewerberechts für einen freien Widerruf einer Polizeierlaubnis Raum ist, hängt ab von dem, was als Inhalt der einzelnen Erlaubnis ermittelt wird, mit anderen Worten davon, welchen Schutz das Gesetz dem Erlaubnisträger gegen ihre Entziehung gewährt.

Da wir ermittelt haben, daß der Widerruf einer Erlaubnis nur dann ein freier Widerruf ist, wenn das Gesetz der Behörde bei seinem Erlaß keine weiteren Schranken auferlegt als sie ihrem freien Ermessen begrifflich gezogen sind, so steht fest, daß bei den Erlaubnissen, und nur bei den Erlaubnissen, bei deren Rücknahme das Gesetz, die Gewerbeordnung, der Behörde ausdrücklich oder stillschweigend völlige Freiheit läßt, ein freier, lediglich auf polizeiliche Motive gestützter Widerruf zulässig ist und daß in allen übrigen Fällen nur ein beschränkter Widerruf Platz greift.

Bei dem hiernach erforderlichen Eingehen auf die einzelnen Gesetzesbestimmungen zeigt sich, daß der Gesetzgeber von dem Leitgedanken ausgegangen ist, den wirtschaftlichen Belangen des einzelnen, soweit dies mit dem Schutze der Allgemeinheit vereinbar ist, nach Möglichkeit Rechnung zu tragen: das rigorose Mittel des freien Widerrufs, der schon bei Gefährdung der

polizeilichen Belange zulässig ist und somit dem Erlaubnisträger eine geringere Gewähr gegen ihre Entziehung bietet, findet nur Anwendung gegenüber einigen wenigen Gewerben von untergeordnetem volkswirtschaftlichen Werte, während mit dem Wachsen der Bedeutung der einzelnen Gewerbe für das Allgemeinwohl wie für den einzelnen, zuletzt mit seinem ganzen Vermögen beteiligten Erlaubnisträger auch die Vorschriften über die Zurücknahme der Erlaubnis immer mehr den Spielraum der Behörde beengen und dem einzelnen immer größere Sicherheit gewähren.

So gestattet das Gesetz gegenüber den konzessionierten Gewerbeanlagen der §§ 16 ff. Gew.O. eine Untersagung des Betriebes keinesfalls aus einfachen polizeilichen Motiven, sondern nur wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl und gegen volle Entschädigung (§ 51 a. a. O.). Auch die Erlaubnisse der §§ 29, 30, 30a, 32, 33, 34 und 36 Gew.O. unterliegen beschränktem Widerruf gemäß der Vorschrift des § 53 Gew.O., da hier polizeiliche Beweggründe für sich allein den Widerruf der Erlaubnis nicht rechtfertigen, wenn nicht eine der im § 53 a. a. O. aufgeführten Tatsachen vorliegt; das gleiche gilt für die Erlaubnis des § 33a Gew.O. (s. Abs. 3). In ähnlicher Weise ist die freie Rücknahme der gemäß § 31 Gew.O. erteilten Erlaubnis ausgeschlossen; hier kann das Befähigungszeugnis nur nach Maßgabe der Gesetze vom 27. Juli 1877 (R.G.Bl. S. 549) und vom 11. Juni 1878 (R.G.Bl. S. 109) durch die Behörden für die Untersuchung von Seeunfällen entzogen werden.[30]) Stillschweigend verbietet der Gesetzgeber die freie Entziehung der Erlaubnis des § 43 Gew.O., die mit Rücksicht auf § 43 Abs. 2 und § 143 Abs. 3 a. a. O. unzulässig ist, sowie die Rücknahme der Erlaubnis des § 56 Abs. 4 Gew.O.: hier darf die Behörde die Erlaubnis nur aus bestimmten, im Gesetz genannten Gründen versagen; wenn aber „der Rechtssatz die Erteilung bindet, dann kann er nicht gestatten wollen, daß die erteilte Erlaubnis durch freie Zurücknahme alsbald wieder vereitelt werde“.[31])

Daß in den angeführten Fällen der Gesetzgeber darauf hinzielt, dem Erlaubnisträger einen besonderen Schutz zu gewährleisten, beweisen auch die einschlägigen formellen Vorschriften der Gewerbeordnung und des Preuß. Zuständigkeits-

30) Vgl. Ziff. 39 der Preuß. Ausführungsanweisung zur Gew.O. v. 1. 5. 1904.

31) O. Mayer, I S. 302; vgl. W. Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt, S. 157. Zum Teil a. A. Schenkel, I S. 336.

gesetzes, die das Verfahren bei der Rücknahme genau regeln und das beschränkte Widerrufsrecht bestimmten Behörden anvertrauen, die darauf zu achten haben, daß nur aus den im Gesetz genannten Gründen der Widerruf der Erlaubnis erfolgen darf.[32])

Im Gegensatz hierzu werden für die Rücknahme der auf Grund der §§ 33b, 59 Abs. 1 Ziff. 4[33]) und 60a Gew.O. erteilten polizeilichen Erlaubnisse vom Gesetzgeber keine besonderen materiellen oder formellen Vorschriften gegeben: diesen Erlaubnissen gegenüber hat die Polizeibehörde ein freies Widerrufsrecht. Hier greift der oben[34]) festgestellte Grundsatz Platz: Überall, wo das Gesetz weder ausdrücklich noch stillschweigend das Gegenteil zwingend vorschreibt, kann und muß die Verwaltung ihr freies Ermessen walten lassen. Daß in den genannten Fällen auch nicht der Gesetzeszweck das freie Rücknahmerecht beschränken will, beruht auf der geringen volkswirtschaftlichen Bedeutung der in Frage stehenden Gewerbe, bei denen ein freier Widerruf ohne weiteres tragbar und im Hinblick auf die besonders große Gefahr des Zusammenstoßes mit polizeilichen Belangen durchaus angemessen ist.[35]) In gleicher Weise unterliegt die Erlaubnis des § 39 Gew.O. dem freien Widerruf der Behörde, falls die Landesgesetze von der rückhaltlosen Ermächtigung dieses Paragraphen Gebrauch gemacht haben, ohne der Behörde irgend welche Schranken aufzuerlegen, wie es in Preußen der Fall ist.[36]) Eine Sonderstellung nimmt die Gewerbeerlaubnis des § 37 Gew.O. ein. Zwar läßt das Gesetz materiell der Ortspolizeibehörde bei der ihr anheimgestellten gesamten Regelung des Verkehrsgewerbes völlig freie Hand; die Polizei kann also nach freiem Ermessen das Gewerbe für erlaubnispflichtig erklären und ebenso bestimmen, daß und unter welchen Voraussetzungen — auch wege- und verkehrs-

---

[32]) Die selbstverständliche Ergänzung dieser Gesetzesbestimmungen bieten die Fälle, in denen die Erlaubnis**erteilung** fehlerhaft vor sich gegangen ist, z. B. wenn sie durch Drohung, Bestechung oder arglistige Täuschung der Behörde herbeigeführt worden ist; erst recht rechtfertigen diese Gründe auch den freien Widerruf.

[33]) Vgl. § 59a Gew.O. Ebenso Stier-Somlo, Anm. 1 zu § 59a Gew.O.

[34]) Seite 9.

[35]) Vgl. die Motive zur Novelle zur Gew.O. v. 1. 7. 1883, fast wörtlich ebenso die Min.-Verf. v. 13. 1. 1895 (Min.-Bl. S. 19).

[36]) Vgl. das Gesetz v. 24. 4. 1888 (Ges.S. S. 79). Wie oben O.V.G. v. 3. 12. 1903 (Gew.A. 3, 437) und O.V.G. v. 16. 5. 1904 (Gew.A. 4, 83); ebenso Landmann, Anm. 2 zu § 39 Gew.O. und Anm. 3 zu § 143 Gew.O.

polizeiliche Rücksichten[37]) sprechen hier stark mit -- die erteilte Erlaubnis zurückgenommen werden darf.[38]) Insoweit ist mithin auch hier der Behörde ein freies Widerrufsrecht gegeben. Wie jedoch aus den besonderen Verfahrensvorschriften hervorgeht, die das Gesetz für den Fall der Untersagung des Betriebes aufstellt (s. § 40 Abs. 2 Gew.O. und § 119 Ziff. 1 Zust.Ges.), geht das Bestreben des Gesetzgebers dahin, diesem volkswirtschaftlich wichtigeren Gewerbe einen besonderen Schutz angedeihen zu lassen. Deshalb ist dem Oberverwaltungsgericht zuzustimmen, wenn es[39]) als Voraussetzung für den freien Widerruf verlangt, daß diese Maßregel nebst etwaigen besonderen, von dem auch hier die Regel bildenden[40]) § 10 II 17 A.L.R. abweichenden Widerrufsgründen in der nach freiem Polizeiermessen vorzunehmenden Regelung der Straßengewerbe vorgesehen ist, damit sich der Erlaubnisträger von vornherein daran halten kann.

Gegen die Zulässigkeit des freien Widerrufs aller dieser Gewerbeerlaubnisse spricht auch nicht das Gesetz, wenn es in § 143 Gew.O. bestimmt: „Die Berechtigung zum Gewerbebetriebe kann, abgesehen von den in den Reichsgesetzen vorgesehenen Fällen ihrer Entziehung, weder durch richterliche noch administrative Entscheidung entzogen werden.“ Wesen und Zweck der nach freiem Ermessen zu erteilenden Erlaubnisse enthalten eine stillschweigende gesetzliche Entziehungsbefugnis der Berechtigung zum Gewerbebetriebe im Sinne des § 143 Gew.O.,[41]) aber nur, wenn die Behörde beim Widerruf der Erlaubnis die Grenzen beachtet, die ihr auch bei Ausübung ihres freien Ermessens gesetzt sind. Bei Nichterfüllung dieser Voraussetzung wird der freie Widerruf auch bei den wenigen Erlaubnissen, denen gegenüber er nach den obigen Ermittelungen begrifflich zulässig ist, zum rechtswidrigen Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen.

Diese Feststellung bietet die Grundlage für die weitere Untersuchung, deren Gegenstand die Frage bildet, in welchen Schranken sich der freie Widerruf einer Polizeierlaubnis, soweit er auf dem Gebiete des Gewerberechts möglich ist, halten muß, um rechtlich zulässig zu sein.

---

37) Insoweit sogar über § 10 II 17 A.L.R. hinaus (K.G. v. 4. 5. 1914, Gew.A. 14, 87).

38) So K.G. v. 11. 2. 1889 (Bd. 9 S. 179); O.V.G. v. 21. 10. 1893 (P.V.Bl. 15 S. 134); s. auch R.G.Z. Bd. 46 S. 104.

39) In O.V.G. 2 S. 318 und 15 S. 346; ähnlich Hatschek (S. 214) und Vossen (S. 115).

40) O.V.G. v. 2. 6. 1904 (P.V.Bl. 27 S. 139).

41) So auch Landmann, Bd. 2 Anm. 3 zu § 143 Gew.O. und Stier-Somlo ebendort S. 811.

Dritter Abschnitt.

In welchen Grenzen muß sich der freie Widerruf einer Polizeierlaubnis auf dem Gebiete des Gewerberechts bewegen, um rechtlich zulässig zu sein?

Teil A:

Innere Ermessensschranken.

Bei Prüfung dieser Frage soll und kann hier keine neue erschöpfende Lösung des Problems „Rechts- oder Ermessensfrage", dieser „quaestio diabolica des Verwaltungsrechtes",[1]) versucht, noch soll auch nur eine vollständige und ins einzelne gehende Erörterung des gesamten Fragenkomplexes, der sich mit dieser umstrittenen Materie befaßt, geboten werden. Hier kommt es ausschließlich auf folgendes an:

Wie eingangs festgestellt wurde, liegt das Wesen des freien Verwaltungsermessens darin, daß die Behörde im Rahmen ihrer allgemeinen Aufgabe uneingeschränkt von besonderen Gesetzesbestimmungen selbst über das Verhältnis ihres Handelns zum allgemeinen Wohl befindet. Bei Anerkennung dieser Begriffsbestimmung entfällt für die Behörde, die ihr Tun im Einklang mit den öffentlichen Belangen halten muß, die Möglichkeit, willkürlich, nach eigenem Belieben, zu verfahren: das Verbot der „an sich denkbaren rechtlich erlaubten Willkür, d. h. des Handelns ohne jede Rücksicht auf das Gemeinwohl",[2]) bildet die erste, hier sog. innere Ermessensschranke, deren Übersteigung zum Rechtsbruch führt.

Zu dem gleichen Ergebnis kommen Theorie[3]) und Praxis,[4]) wenn sie heute einhellig vom rechtlich zulässigen Handeln der

---

[1]) Zorn, Krit. Studien usw. im Verw.-Arch. 1894, II S. 82.

[2]) v. Laun, S. 1.

[3]) S. Bühler, S. 24; Fleiner, S. 134; Hoffmann bei v. Brauchitsch, Bd. 2 Anm. 3 zu § 33 b Gew.O.; Schenkel, I S. 96. Soweit Bernatzik, der seinen Satz „Tue, was du glaubst, daß es durch das öffentliche Wohl bedingt ist" (vgl. oben S. 8), für eine „große allgemeine Rechtsnorm" und dadurch das freieste Ermessen für rechtlich gebunden hält, damit mehr sagt, als daß willkürliche Handeln ohne Rücksicht auf das öffentliche Wohl eine rechtswidrige Ermessensüberschreitung darstellt, wird ihm hier nicht beigepflichtet; dagegen gehen O. Mayer in Arch. Öff. R., Bd. I S. 721 f., und Laband, II S. 182, in ihrer ausnahmslosen Bekämpfung der Lehre Bernatziks zu weit.

[4]) So besonders klar Sächs. O.V.G. v. 19. 9. 1903, Jb. V 46; ebenso das Preuß. O.V.G. in ständiger Rechtsprechung (z. B. O.V.G. v. 28. 10. 1886, P.V.Bl. 8, 103) und ebenso R.G.Z. 46 S. 423.

Verwaltungsbehörde solche „Willkür“ und „völlig freies Belieben“ als mit dem Begriff des Rechtsstaates unvereinbar ausschließen. Wohl mehr Ungenauigkeit im Ausdruck als sachliche Abweichung von dieser unserer Ansicht ist es, wenn Biermann[5]) zu den §§ 33 b und 60 a Gew.O. bemerkt: „Diese Gewerbetreibenden bedürfen der vorgängigen Erlaubnis der Ortspolizeibehörde, die beliebig versagt und widerrufen werden kann“; der Unterschied zwischen „freiem Ermessen“ und „freiem Belieben“ ist erst in letzter Zeit so klar herausgearbeitet worden, wie er heute allgemein anerkannt ist. Daß die Praxis des Preußischen Oberverwaltungsgerichts bei den frei widerruflichen Gewerbeerlaubnissen ein willkürliches Handeln der Ortspolizeibehörde für unzulässig erachtet, zeigt deutlich die Entscheidung des O.V.G. vom 15. Oktober 1908 (Gew.Arch. 8 S. 450): „Nicht nach Willkür oder Schikane darf die Behörde verfahren“, und ebenso O.V.G. 59, 369: „Die Erteilung oder Versagung — und entsprechend der Widerruf — steht nicht etwa im völlig freien Belieben der Behörde.“[6])

Überschreitet die Behörde diese innere Schranke und läßt sie sich beim freien Widerruf von anderen Triebfedern als der Rücksicht auf das öffentliche Wohl leiten, etwa von persönlicher Mißgunst oder Schikane, oder aber erläßt sie beispielsweise einen allgemeinen Widerruf der erteilten Erlaubnisse zum Straßenmusikantengewerbe der §§ 33 b und 60 a Gew.O. mit der Begründung, diese seien nach ihrer Ansicht — also nach der persönlichen Ansicht des leitenden Beamten — nichts anderes als eine Art Bettelei[7]) — oder widerruft gar der Polizeibefehlshaber die Konzession eines Fuhrwerksbesitzers (§ 37 Gew.O.), weil ihn der Droschker nicht rechtzeitig zur Bahn abgeholt habe,[8]) dann liegt in diesem willkürlichen Handeln eine Rechtsverletzung, die Behörde begeht einen von von Laun sog.[9]) „Ermessensmißbrauch“, der rechtswidrig ist.

---

[5]) Seite 83.

[6]) Aus ähnlichen Gründen verurteilt das Reichsgericht (E. v. 26. 10. 1915, Gew.A. 15, 514) einen Polizeibeamten, der diese Erlaubnis nicht rechtzeitig erteilt hatte.

[7]) Vgl. den Pr. Min.=Erl. in den Annalen des Deutschen Reiches v. 1876 (S. 80).

[8]) Anders liegt der Fall in O.V.G. v. 24. 2. 1921 (Gew.A. 20 473).

[9]) S. 189.

Teil B:

Äußere Ermessensschranken.

Praktisch ungleich bedeutsamer als diese innere Ermessensschranke ist die hier sog. äußere Ermessensschranke, die sich ebenfalls aus der Anerkennung der hier aufgestellten Begriffsbestimmung des freien Ermessens zwangsläufig ergibt. Dem Wesen des freien Ermessens entspricht freies Urteilen über das Verhältnis des Handelns zum allgemeinen Wohle und dementsprechend freie Wahl zwischen den verschiedenen Möglichkeiten solchen Handelns, aber immer im Rahmen der allgemeinen Zweckgrenze. Insbesondere die Polizei, mit deren Tätigkeit ausschließlich die Untersuchung des Widerrufs einer Polizeierlaubnis sich befaßt, darf nur die zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Anstalten treffen: eine Überschreitung der der Polizei damit gesetzten äußeren Schranke[10]) führt zur Rechtsverletzung. Dies bedarf einer kurzen Erläuterung.

Das den Kern des freien Ermessens der Polizeibehörde bildende freie Urteilen über das Verhältnis ihres Handelns zum allgemeinen Wohle besteht in einer Abwägung der öffentlichen Belange und der Wirkung des Handelns auf die Rechtsverhältnisse der einzelnen, die davon betroffen werden, also hier die Rechts- und Vermögenssphäre der einzelnen Erlaubnisträger; diese Einzelbelange müssen in das rechte Verhältnis zu den von der Behörde zu schützenden Belangen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gebracht werden. Sicher dürfen diese öffentlichen Belange den Einzelbelangen nicht nachstehen, denn sie bilden bereits begrifflich die allgemeinen Schranken, in denen sich das Einzelrecht nur bewegen darf[11]) und die § 10 II 17 A.L.R. ganz allgemein bestimmt.[12]) Ebenso aber bildet derselbe Paragraph auch für die Polizeigewalt eine unübersteigbare Schranke: wenn diese Bestimmung der Polizei nur die nötigen Anstalten überträgt, so überläßt sie es ihr zwar, die

---

[10]) v. Launs (S. 189) Ermessensverirrung, O. Mayers (S. 223) Unverhältnismäßigkeit der Abwehr, W. Jellineks (S. 289) Ungültigkeitsgrund des Übermaßes.

[11]) So versteht sich auch bei uns das weiteitgehende Vermögensrecht, das Eigentum, schon begrifflich nur unter der Beschränkung des Code Civil art. 544 . . de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un ussage prohibé par le lois et le règlements de police. (Vgl. R.G.Z. 19, 353 und § 903 B.G.B.)

[12]) Damit im Zusammenhange steht es, daß dort wo die Behörde ihr freies Ermessen walten lassen darf, ein subjektiv-öffentliches Recht, das ihr entgegengehalten werden könnte, nicht bestehen kann. So auch O. Mayer, S. 174, O.V.G. 42 S. 425.

Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit ihres Handelns (Begriffe, die sich voll mit unserem „freien Ermessen" decken)[13]) selbst zu überwachen, aber eine Überspannung dieser nötigen Anstalten, eine übermäßige Beschränkung des Einzelrechts, die durch die öffentlichen Belange nicht mehr bedingt wird, führt zur Rechtsverletzung. Es gibt hierbei einen Grenzpunkt; was darunter bleibt, ist vollgültig, auch wenn ein anderes Handeln der Polizei sachgemäßer wäre; darüber hinaus können der Freiheit des einzelnen Beschränkungen nicht auferlegt werden, ohne rechtsverletzend zu wirken. Daß sich dieser Grenzpunkt nicht allgemein bestimmen läßt, ergibt sich aus seinem Zusammenhange mit dem ständig wandelbaren Begriff des öffentlichen Wohles; letztlich wird der Unterschied zwischen der eben noch zulässigen und daher noch nötigen Anstalt und der den Grenzpunkt übersteigenden und daher unzulässigen Anstalt immer ein gradmäßiger sein.[14])

Im Ergebnis meint das gleiche O. Mayer:[15]) „Die Forderung der Verhältnismäßigkeit der Abwehr bestimmt das Maß der als zuläßig anzusehenden polizeilichen Kraftentwicklung. Wo die Herstellung des polizeimäßigen Zustandes durch die gelinderen Mittel ausreichend gesichert erscheinen muß, begeht die Behörde eine Machtüberschreitung, wenn sie zu dem schärferen greift."[16]) Damit scheidet das Übermaß, die Überschreitung jenes Grenzpunktes schon begrifflich aus dem freien Ermessen der Behörde[17]): die in dem Gebot an die Polizei, nur die nötigen Anstalten zu treffen, liegende Ermessensschranke wird zur Rechtsschranke.

Im besonderen auf dem Gebiete des Gewerberechts wird das dem freien Ermessen eigentümliche Abwägen der einander gegenüberstehenden Einzelbelange und der öffentlichen

---

13) So auch W. Jellinek (S. 89) und Bühler (S. 175).

14) Man hat aus dieser mannigfaltigen Möglichkeit der Überschreitung dieser einen äußeren Ermessensschranke in der Theorie geglaubt, ebensoviel verschiedenartige Begriffe von Ermessensschranken aufstellen zu müssen; die Unterscheidungen sind aber im einzelnen — v. Laun kennt zwei (S. 189), Jellinek (331 ff.) gar neun solcher Schranken — gekünstelt und praktisch bedeutungs- und daher wertlos.

15) Seite 223.

16) Fleiner (S. 376 f.) drückt dasselbe aus mit dem Satze: „Die Polizei soll nicht mit Kanonen nach Spatzen schießen; das schärfste Mittel muß stets die ultima ratio bleiben."

17) Die „Fragen der Geeignetheit, Ungeeignetheit, Schädlichkeit usw.", die W. Jellinek (S. 80) ebenfalls aus dem Begriff des freien Ermessens ausnimmt, lassen sich alle auf den obigen Ungültigkeitsgrund des Übermaßes zurückführen.

Belange mehr als sonst auf gegenspielende Einzelbelange stoßen, und die Polizei wird bei der Zurücknahme einer Erlaubnis stärker als bei ihrer Erteilung Rücksicht nehmen müssen auf die durch die Erteilung geschaffenen Werte, z. B. auf persönliche und sachliche Aufwendungen des Erlaubnisträgers, seinen Kundenkreis, sonstige Geschäftsbeziehungen u. ä., so daß also das diesen gegenüber durchzusetzende polizeiliche Motiv ein — je nach der Art des Gewerbebetriebes u. a. abgestuft — dringlicheres sein muß, als bei der Erlaubniserteilung. Denn „die Zerstörung des Geschaffenen ist etwas anderes und muß strenger beurteilt werden als die Verhinderung seines Entstehens".[18]) Eine Überschreitung der in diesem Erfordernis liegenden Schranke, eine übermäßige Inanspruchnahme der Einzelbelange führt zur Rechtsverletzung.[19])

Bei Anerkennung dieser Grundlage liegt auch auf der Hand, welche Bedeutung der Befristung und dem Widerrufsvorbehalt bei Erteilung einer frei zurücknehmbaren Erlaubnis zuzumessen ist: Befristung und Vorbehalt sind lediglich Rechenposten bei der im Einzelfalle erforderlichen Abschätzung der öffentlichen und der privaten Belange, falls der Widerruf einer Erlaubnis in Frage kommt; weder gibt der Vorbehalt der Behörde das Recht jederzeitigen willkürlichen oder sonst unbegründeten Widerrufs noch hindert der fehlende Vorbehalt oder die Befristung der Erlaubnis die Behörde an einem Widerruf auch vor Ablauf der Frist, wenn dieser nur die zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung usw. nötige Anstalt ist, wenn nur m. a. W. die Polizei sich in den ihrem freien Ermessen gesetzten Schranken hält.

Auf gleichem Standpunkt steht das Oberverwaltungsgericht, das allgemein eine ausdrückliche Stellungnahme zu diesen Problemen vermeidet, wenn es sagt: „Die einmal festgesetzte

---

[18]) O. Mayer, S. 253. Darüber hinaus ist O. Mayer nicht beizustimmen, wenn er (a. a. O.) das freie Ermessen ausschließt „bei der Zurücknahme gegenüber dem erlaubten Unternehmen, sobald es einmal tatsächlich ins Werk gesetzt ist". Darin liegt eine Nichtbeachtung des für das freie Ermessen geltenden Erfordernisses der ausschließlichen Berücksichtigung polizeilicher Motive i. S. des § 10 II 17 A.L.R.

[19]) Der durch diesen Zwang zur stärkeren Berücksichtigung der Einzelbelange beim polizeilichen Handeln geschaffene und insofern geschützte Zustand hat eine gewisse Ähnlichkeit mit dem privatrechtlichen Besitz; unter der Voraussetzung, daß er weder für die Rechtsnatur noch für den Inhalt der Gewerbeerlaubnis mehr besagt, als eben dargestellt, sei deshalb der oft gebrauchte (vgl. O. Mayer, S. 254 Anm. 30; Hatschek, S. 214) Ausdruck „öffentlich-rechtlicher Besitzstand" auch hier verwendet.

Maßnahme darf nicht deshalb zum Nachteil des Gewerbetreibenden geändert werden, weil der Widerruf bei der Festsetzung vorbehalten war, sondern eine Änderung ist nur zulässig, wenn hierfür besondere Gründe aus § 10 II 17 A.L.R. vorliegen."[20]) Welche Unsicherheit und Unklarheit jedoch über die strittigen Fragen noch zum großen Teil in Theorie und Praxis herrscht, dafür bietet ein Beispiel der im Schrifttum meist[21]) hervorgehobene Widerspruch zwischen der preußischen und der bayrischen Praxis bezüglich einer frei widerruflichen Gewerbeerlaubnis, der des § 60 a Gew.O.: In O.V.G. 52, 367 wird das freie Ermessen der Behörde bei der Rücknahme dieser Erlaubnis ausdrücklich ausgeschlossen, in Bay.Ob.L.G. 6, 423 (Reger 27, 228) wird jederzeitiger freier Widerruf für zulässig erklärt ohne Rücksicht auf besonderen dahingehenden Vorbehalt. Hiergegen wendet sich besonders Kormann:[22]) „Es läßt sich nur als ein logischer Luftsprung bezeichnen, wenn gesagt wird, weil (!) Befristung und Widerrufsvorbehalt gestattet ist, deshalb (!) ist auch jederzeitiger Widerruf zulässig"; für ihn ist es „unverständlich, daß die Befugnis, die durch die Erlaubnis verliehen wird, die doch immerhin ein rechtliches, nicht bloß ein wirtschaftliches Interesse darstellt, von vornherein des rechtlichen Schutzes entbehren und dem freien Widerruf ausgesetzt sein sollte". Alle diese Widersprüche erklären sich daraus, daß die Tatsache, daß auch der „freie" Widerruf nur aus polizeilichen Gründen unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Einzelbelange erfolgen darf, daß also ein Eingriff in den durch die Erlaubnis geschaffenen öffentlich-rechtlichen Besitzstand immer nur auf Grund und im Rahmen des § 10 II 17 A.L.R. zulässig ist, nicht genügend[23]) beachtet wird. Damit fällt Kormanns Vorwurf mangelnder Logik, der übrigens auch für Landmann und Stier-Somlo gälte[24]), auf ihn selbst zurück; aber auch ein sachlicher Unterschied zwischen der bayrischen und preußischen Praxis bleibt bei Anerkennung dieser Grundlage kaum übrig.[25])

---

20) O.V.G. 50, 363; ähnlich O.V.G. 51, 313.

21) Z. B. Rohrscheidt, Anm. zu § 60 a Gew.O.

22) S. 337 ff.

23) Vgl. den Widerspruch zu obigen Ausführungen Kormanns auf S. 339 ebendort, und zu O.V.G. 52, 367 in O.V.G. 55, 459. Auch der Widerspruch W. Jellineks (303) gegen die „Festnagelung des Widerspruchs auf die Interessen des Polizeibefehls", insbesondere gegen die treffende Entscheidung in O.V.G. 50, 361 beruht auf einer Verkennung dieser Hauptvoraussetzung.

24) S. Landmann, Anm. 3 zu § 143 Gew.O.; Stier-Somlo, S. 811.

25) Wie hier denn auch O.V.G. 50, 361; 55, 459.

Teil C:

Die Frage der richterlichen Nachprüfbarkeit des freien Widerrufs.

Zur Ausschöpfung der gestellten Frage, ob freier Widerruf einer Gewerbeerlaubnis rechtlich zulässig ist und in welchen Schranken er sich halten muß, um zulässig zu sein, gehört abschließend eine Untersuchung in der Richtung, ob das freie Ermessen der Behörde der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung unterliegt. Denn nur daraus, ob ein Verwaltungsakt richterlich nicht prüfbar und damit richterlich unangreifbar ist, läßt sich eine Handhabe für die Frage seiner rechtlichen Zulässigkeit entnehmen,[26]) und umgekehrt bietet erst die völlige oder teilweise Bejahung der Frage der Nachprüfbarkeit des freien Ermessens oder der Überschreitung einer Ermessensschranke die Grundlage für die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit eines freien Widerrufs einer Erlaubnis.

Die einzelnen Ansichten zu dieser „wichtigsten grundsätzlichen Streitfrage des Polizeirechts"[27]) sind einander sehr widersprechend. Rosin[28]) ist anfänglich mit Entschiedenheit gegen jede Nachprüfung. Das Oberverwaltungsgericht lehnt in ständiger Rechtsprechung die Nachprüfung des freien Ermessens der Polizeibehörde ab, untersucht aber den Ungültigkeitsgrund des Übermaßes ebenso regelmäßig, weil nach seiner Ansicht die Frage der Überschreitung der nötigen Anstalten eine Rechtsfrage ist (besonders klar O.V.G. 45, 423). Derselben Auffassung sind zahlreiche Schriftsteller, so Berner,[29]) Fleiner,[30]) Hatschek,[31]) W. Jellinek,[32]) Laband,[33]) v. Laun,[34]) später auch Rosin (in Stengels Wörterbuch III, 110) u. a. Andere Schriftsteller (vor allem Friedrichs[35]) und O. Mayer[36])) fordern schlechthin Prüfung der Notwendigkeit der polizeilichen Maßnahmen und lassen für das unüberprüfbare Ermessen nur die Frage der Zweckmäßigkeit frei. Bühler[37]) schließlich verlangt für Ver-

---

[26]) Ähnlich Laband, II 194.
[27]) Bühler, S. 180.
[28]) Polizeiverordnungsrecht, S. 280, 2.
[29]) Bei v. Brauchitsch, I § 127 L.V.G.
[30]) Institutionen, S. 244 f.
[31]) Seite 358 f. und 418 f.
[32]) Gesetz, S. 196.
[33]) II, 202.
[34]) Seite 85.
[35]) P.V.Bl. 30, 371 ff.; ebenso in Pol.Ges. S. 264.
[36]) Seite 159 f.
[37]) Seite 183.

fügungen und Verordnungen volle Nachprüfung auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin.

Sind diese Ansichten alle unvereinbar mit einander oder ist es wirklich nur „ein unehrlicher Schein, mit dem die Rechtsprechung an dem Satze von der Unüberprüfbarkeit der Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage hängt?“[38]) Für uns ergibt sich die Stellungnahme zum strittigen Problem zwingend aus dem, was hier als das Wesen des freien Ermessens und seiner Schranken festgestellt wurde. Das freie Ermessen als solches widerstrebt schon begrifflich der Kontrolle; das Gericht soll sich nicht ein eigenes Werturteil bilden dürfen über Zweck- und Sachgemäßheit des Handelns der Polizei, wenn sich diese innerhalb ihrer Schranken bewegt; diese Schranken aber sind Rechtsschranken, und die Frage der Überschreitung dieser Schranken ist eine Rechtsfrage und der Nachprüfung unterworfen. Dieser Unterscheidung entspricht auch das Gesetz, so § 17 Pol.Ges. für Polizeiverordnungen und § 1 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 und ebenso der vielumstrittene § 127 L.V.G. für Polizeiverfügungen. Denn auch § 127 Abs. 3 Ziff. 2 L.V.G., dem nur ein Redaktionsfehler diese mißverständliche Fassung gab, soll lediglich die Handhabe geben zur Prüfung der Tatfrage, nicht der Ermessensfrage, und setzt ebenso wie Ziffer 1 eine Rechtsverletzung oder die Verletzung eines Freiheitsrechts voraus. Es soll aber auch nach der Ansicht des Gesetzgebers die Ermessenskontrolle wie zuvor ausgeschlossen bleiben.[39]) Erst wenn die polizeiliche Anstalt willkürlich erlassen wird oder mehr fordert als „nötig“, wenn sie also den Grenzpunkt[40]) übersteigt, dann fällt sie dem Ungültigkeitsgrund des Ermessensmißbrauchs oder dem des Übermaßes anheim, der mit der Frage der Notwendigkeit nichts zu tun hat, und diese Rechtsverletzung unterliegt der richterlichen Würdigung, als Rechtskontrolle.[41])

Nur die Schwierigkeit, diesen Grenzpunkt im Einzelfall zu bestimmen, die darauf beruht, daß letztlich Gradunterschiede den Ausschlag geben, konnte ein der Rechtsprechung oft[42]) vor-

[38]) Bühler, S. 199.

[39]) Dieselbe Auffassung von § 127 L.V.G. vertritt die herrschende Meinung, so v. Brauchitsch, I Anm. 4b zu § 127 L.V.G.; a. a. O. O. Mayer, S. 159. Vgl. auch oben S. 15.

[40]) Vgl. oben S. 23.

[41]) Ähnlich verfährt die sächsische Praxis, s. die Zusammenstellung bei Apelt, Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz von 1911 S. 286 Anm. 24.

[42]) W. Jellinek, S. 9 f.; Friedrichs, S. 265 f.; Bühler, S. 176; Biermann, S. 25.

geworfenes Schwanken[43]) bewirken und macht die gegnerischen Ansichten verständlicher. Wo z. B. O. Mayer und Friedrichs dem Gericht Ermessenskontrolle zuerteilen, handelt es sich fast durchweg dennoch um Rechtskontrolle in unserem Sinne; für diese Schriftsteller ist bereits der Begriff des Ermessens ein anderer als der hier vertretene, der das Übermaß schon begrifflich vom freien Ermessen lostrennte. Fehlerhaft wird ihre Ansicht erst dann, wenn sie die Frage der Notwendigkeit schlechthin, auch unter dem Grenzpunkt, der richterlichen Kontrolle zurechnen; diese Konsequenz wird dann aber damit umgangen, daß „die Anfechtungsklage das freie Ermessen der Nachprüfung nur unterwerfen soll, soweit es ein Seitenstück bildet zur Rechtsanwendung, so daß sie viele Fälle des freien Ermessens unberührt läßt"[44]) oder daß der „unüberprüfbaren mangelnden Zweckmäßigkeit" (in nicht immer klarer Abgrenzung) das alles zugerechnet wird, was dem freien Verwaltungsermessen anheimgestellt werden soll.[45]) Das gleiche ist zu Biermanns Ansicht[46]) zu sagen, der „den Verwaltungsgerichten eine gewisse Kontrolle über die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit des polizeilichen Vorgehens" zuerkennt; denn er meint selbst dazu: „Soweit die Anstalten nicht nötig waren, handelt die Polizei außerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken und damit rechtswidrig." Falsch dagegen ist schon in der Grundeinstellung die Ansicht Bühlers, der vom Gebiet des § 10 II 17 A.L.R. alles freie Ermessen der Polizei ausschließt und das gesamte polizeiliche Handeln, sowohl im Hinblick auf seine Notwendigkeit wie auf seine Zweckmäßigkeit der verwaltungsrichterlichen Kontrolle unterwirft; Bühler verkennt das Wesen des freien Ermessens und den Unterschied zwischen Notwendigkeit und Übermaß. Auf eine weitere Stellungnahme hierzu[47]) wie auf einen erschöpfenden Vergleich des einschlägigen Schrifttums muß hier verzichtet werden. Nur insofern ist der gegnerischen Ansicht in ihrer Bekämpfung der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts beizupflichten, als

---

43) Vgl. z. B. die Entscheidungen v. 11. 7. 1894 (P.V.Bl. 16, 115) und 27. 9. 1888 (P.V.Bl. 28, 162) und 28. 11. 1895 (P.V.Bl. 17, 431) andererseits.

44) O. Mayer, S. 160.

45) Friedrichs, S. 264 ff.

46) Seite 25.

47) Bühler kommt u. a. zu dem Ergebnis (S. 191), „den § 17 Pol.Ges. Not leiden zu lassen, um im rechtsstaatlichen Sinne die Kontrolle der Gerichte auf die Notwendigkeitsfrage auszudehnen". (!) Eine gründliche Widerlegung von Bühlers Lehre gibt W. Jellinek im Arch. Öff. R. 32, 580 ff.

das Oberverwaltungsgericht — ganz abgesehen von einigen tatsächlichen, auf der Schwierigkeit der Abgrenzung beruhenden Fehlentscheidungen — oft bei richtiger sachlicher Entscheidung durch zu geringe Betonung der von ihm vorgenommenen Rechtskontrolle und sonst im Ausdruck — Bühler führt[48]) eine Anzahl von Entscheidungen „zur Begründung seiner Ansicht" (!) an — zu unnötigen Verwirrungen und Zweifeln Anlaß gibt. So unterscheidet die ständig wiederkehrende[49]) Wendung, „daß es nur darauf ankomme, daß die Verfügung die äußersten dem Ermessen der Behörde gezogenen Grenzen überschreite und überhaupt nicht sowohl auf objektiven polizeilichen Motiven, vielmehr auf Willkür der Behörde beruht", offensichtlich nicht zwischen den inneren und äußeren Ermessensschranken, die durchaus nicht immer Hand in Hand gehen.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist somit: der im Rahmen des der Polizei zustehenden freien Ermessens vorgenommene Widerruf einer Erlaubnis ist richterlich unüberprüfbar und damit rechtlich zulässig; die Überschreitung der der Polizei gesetzten inneren und äußeren Ermessensschranken ist Überschreitung von Rechtsschranken und der richterlichen Nachprüfung unterworfen.

Schluß.

Zusammenfassendes Ergebnis.

Zusammenfassend läßt sich feststellen: unabhängig von der verschiedenartigen Einstellung zur Frage der Rechtsnatur der Gewerbeerlaubnis (s. II. Abschn. Teil A) kann freier Widerruf (s. I. Abschn.) einer Polizeierlaubnis auf dem Gebiete des Gewerberechts nur bei einigen wenigen Gewerbeerlaubnissen für zulässig erklärt werden, für deren Rücknahme der Gesetzgeber der Behörde völlige Freiheit läßt (s. II. Abschn. Teil B). Diese Erlaubnisse unterliegen denselben allgemeinen Erlöschensgründen (Tod des Trägers einer persönlichen Erlaubnis, Fristablauf, Aufhebung durch einen höheren Rechtssatz u. ä.) wie alle anderen Gewerbeerlaubnisse, und in gleicher Weise kann die Polizei die Ausübung dieser Gewerbe regeln.

48) Seite 192 ff.

49) Z. B. O.V.G. 9, 404; 29, 446; 35, 438; 38, 374; 43, 212 u. a.

kanntermaßen[1]) unzulässig jede Beschränkung eines Gewerbebetriebes, die in ihrer Wirkung einer Rücknahme der Erlaubnis gleichkommt, und auf der anderen Seite darf auch der ausdrücklich erklärte freie Widerruf nicht willkürlich oder grundlos erfolgen, sondern muß sich in den dem freien Ermessen gesetzten inneren (s. III. Abschn. Teil A) und äußeren (s. III. Abschn. Teil B) Schranken halten, deren Überschreitung zur richterlich nachprüfbaren Rechtsverletzung führt (s. III. Abschn. Teil C).

Im Hinblick auf die verhältnismäßig geringe volkswirtschaftliche Bedeutung der wenigen Gewerbe, bei denen der freie Widerruf zulässig ist, spielt der freie Widerruf einer Gewerbeerlaubnis in der Praxis eine wesentlich kleinere Rolle als der sogenannte beschränkte Widerruf (s. I. Abschn.), bei dem der Gesetzgeber zum Schutze der Erlaubnisträger bestimmte die Bewegungsfreiheit der Behörde einschränkende Vorschriften gibt und dem die Mehrzahl der Gewerbeerlaubnis unterworfen ist (s. II. Abschn. Teil B).

---

[1]) Vgl. Lagenstein, S. 139; s. auch Bay. O.L.G. v. 17. 2. 1916 (Bay. Z. 1916, S. 264); O.L.G. Dresden v. 11. 10. 1906 (Goltd.A. 55, 124) und K.G. 23, C, 76.

Verzeichnis
der benutzten Bücher und Schriften.

Lehrbücher:

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 6./7. Auflage. Tübingen 1922.

Hatschek, Julius: Deutsches und preußisches Staatsrecht, Band I. Berlin 1922.

— Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 3./4. Auflage. Leipzig und Erlangen 1924.

Helfritz, Hans: Allgemeines Staatsrecht als Einführung in das öffentliche Recht. Berlin 1924.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, herausgegeben von Walter Jellinek. Berlin 1922.

Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, Band II: Tübingen 1911. Band III: Tübingen 1913.

Loening, Edgar: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Band I. München und Leipzig 1924.

Meyer, Georg: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, bearbeitet von Anschütz, 7. Auflage. München und Leipzig 1919.

— Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, bearbeitet von Franz Dochow, 3. Auflage. 1910.

Nelken, F.: Das Gewerberecht in Preußen, Band I. Berlin 1906.

M. v. Seydel-Schecher: Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches. Tübingen 1910.

Zorn, Philipp: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 2. Auflage. Berlin 1895.

Kommentare und Erläuterungen:

Anschütz, Gerhard: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, Band I. Berlin 1912.

— Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 2. Auflage. Berlin 1921.

v. Brauchitsch, M.: Die preußischen Verwaltungsgesetze, Band I, 23. Auflage. Berlin 1925. Band II, 20. Auflage. Berlin 1925.

Friedrichs, Karl: Das Polizeigesetz. Berlin 1911.

Giese, Friedrich: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 6. Auflage. Berlin 1925.

Paul Kayser-Steiniger: Kommentar zur Reichsgewerbeordnung, 3. Auflage. Berlin 1901.

Robert v. Landmann-Rohmer: Desgleichen, 7. Auflage, Band I: München 1917; Band II: München 1925.

Lindenberg, Georg: Desgleichen. Berlin 1913.

Marcinowski, F.: Desgleichen, 6. Auflage. Berlin 1898.

A. Reger-Stößel: Desgleichen, 5. Auflage. Ansbach 1911.

v. Rohrscheidt, Kurt: Desgleichen, Band I, 2. Auflage. Berlin 1912.

Schenkel, Karl: Desgleichen, Band I, 2. Auflage. Karlsruhe 1892.

Stier-Somlo, Fritz: Desgleichen, 2. Auflage. Mannheim 1923.

Einzelschriften:

Anschütz, Gerhard: Die Polizei (Vorträge der Gehe-Stiftung, Band II), Leipzig 1910.

Bernatzki, Edmund: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.

Biermann, Johannes: Privatrecht und Polizei in Preußen. Berlin 1897.

Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin 1914.

Fleiner, Fritz: Einzelrecht und öffentliches Interesse (Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, Band II). Tübingen 1908.

Gluth, Oskar: Genehmigung und subjektives Recht (Archiv für öffentliches Recht, Band III). Freiburg 1888.

Jellinek, Georg: System des subjektiv-öffentlichen Rechts, 2. Auflage. Tübingen 1905.

Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.

— Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.

Koehne, Max: Grundzüge des Verwaltungspolizeirechts Berlin 1906.

Kormann, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.

Lagenstein, Fritz: Die Gewerbepolizeierlaubnis. Tübingen 1912.

v. Laun, Rudolf: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien 1910.

— Das Recht zum Gewerbebetrieb. Leipzig und Wien 1908.

Mayer, Otto: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen (Archiv für Öffentliches Recht, Band 21).

Oertmann, Paul: Freies und unfreies Ermessen in D.J.Z. 1912. Berlin.

Rehm, Hermann: Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession. München 1889.

Rosenthal, A.: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 63).

Rosin, Heinrich: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Auflage. Berlin 1895.

Stier-Somlo, Fritz: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, Band II). Tübingen 1908.

Thoma, Richard: Der Polizeibefehl im badischen Recht, Band I. Tübingen 1906.

Vossen, Leo: Der Schutz der Gewerbefreiheit und der Verfassungsrechte, 2. Auflage. Hanover 1910.

Wolzendorff, Kurt: Der Polizeigedanke des modernen Staats. Breslau 1918.

Zorn, Philipp: Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Verwaltungsarchiv 1894.

Wörterbücher:

Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. Herausgegeben von v. Bitter, Band I und II, 2. Auflage. Leipzig 1911.

Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Herausgegeben von Karl v. Stengel-Fleischmann, 2. Auflage, Band II: Tübingen 1913; Band III: Tübingen 1914.

Entscheidungssammlungen:

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Entscheidungen des Preußischen Kammergerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts.
Entscheidungen auf dem Gebiet des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts. Herausgegeben von A. Reger.
Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. Herausgegeben von H. T. Soergel. Stuttgart 1909 ff.
Die Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts in systematischer Darstellung. Herausgegeben von B. v. Kampß und A., Band IV. Berlin 1898.

Zeitschriften:

Deutsche Juristenzeitung.
Gewerbearchiv für das Deutsche Reich.
Juristische Wochenschrift.
Preußisches Verwaltungsblatt.
Verwaltungsarchiv.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Verzeichnis der Abkürzungen.

Gew.O.	=	Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869.
O.V.G.	=	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Pol.Ges.	=	Preußisches Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850.
R.V.	=	Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919.

Fleiner	=	Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts.
Hatschek	=	Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts.
W. Jellinek	=	Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung.
v. Laun	=	v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen.
O. Mayer	=	O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht.
Stier-Somlo	=	Stier-Somlo, Kommentar zur Reichsgewerbeordnung.

Lebenslauf.

Am 21. August 1903 bin ich als Sohn des Bäckermeisters August Wuttke und seiner Ehefrau Klara, geb. Senft, in Buchwald, Kreis Oels in Schlesien, geboren. Ich besuchte bis Herbst 1909 die Dorfschule zu Buchwald und dann die städtische Volksschule zu Oels. Ostern 1913 trat ich in das Gymnasium zu Oels ein, wo ich Ostern 1922 das Reifezeugnis erhielt. Darauf studierte ich in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Am 19. und 20. Februar 1926 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen und am 1. März desselben Jahres vor der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Breslauer Universität das Examen rigorosum.

Zum Referendar ernannt, wurde ich der Staatsanwaltschaft in Oels zur Ausbildung überwiesen. Meinen weiteren Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht leistete ich auch in Oels und bin gegenwärtig beim Landgericht in Oels beschäftigt.

Unter meinen Lehrern schulde ich Herrn Geheimen Regierungsrat Prof. Dr. jur. et phil. Helfritz in Breslau für die Anregungen zu dieser Arbeit besonders Dank.

Oels, im März 1927.

Otto Wuttke.